



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS Curso de Bacharelado em Direito

CARLOS FERNANDES CONINCK JÚNIOR

**A CONCESSÃO DE DESCONTOS PARA PAGAMENTOS EM DINHEIRO
SOB A ÓTICA CONSUMERISTA:
UMA ANÁLISE DO RESP 1.479.039**

BRASÍLIA

2018

CARLOS FERNANDES CONINCK JÚNIOR

**A CONCESSÃO DE DESCONTOS PARA PAGAMENTOS EM DINHEIRO
SOB A ÓTICA CONSUMERISTA:
UMA ANÁLISE DO RESP 1.479.039**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Ivo Teixeira Gico Júnior

BRASÍLIA

2018

CARLOS FERNANDES CONINCK JÚNIOR

**A CONCESSÃO DE DESCONTOS PARA PAGAMENTOS EM DINHEIRO
SOB A ÓTICA CONSUMERISTA:
UMA ANÁLISE DO RESP 1.479.039**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Ivo Teixeira Gico Júnior

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA:

Professor Ivo Teixeira Gico Júnior

Professor (a): _____

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Deus pela graça de poder obter mais essa vitória e por colocar em meu caminho pessoas sem as quais o percurso até aqui não seria possível.

Agradeço aos meus pais, Carlos e Marta, por me darem toda a base que me fez ser quem eu sou, por poder me dar condições de perseguir o meu sonho e de estar sempre buscando o meu melhor. Amo vocês sem medida. Obrigado por estarem sempre ao meu lado, me orientando, cuidando de mim e sendo os melhores pais que alguém poderia ter. Espero um dia poder retribuir todo o orgulho que tenho de vocês.

Aos meus irmãos, Marcela e João Victor, que me impulsionam a seguir adiante e lutar por aquilo que me move, por estarem sempre presentes e preocupados comigo. A vocês também dedico meu carinho e amor.

Dedico também o presente trabalho à minha namorada, Beatriz, a quem eu posso contar a todo momento, que está sempre ao meu lado, me incentivando e torcendo pela minha vitória. Obrigado por todo o carinho, dedicação, atenção e amor. Você, sem sombra de dúvidas, é meu porto seguro, vital para a conclusão desta etapa. Sem seu apoio, eu nada conseguiria fazer. Amo-te de todo o meu coração.

Aos meus amigos, tanto da graduação quanto da vida, que pacientemente entenderam minhas ausências e me apoiaram a perseguir os meus sonhos e objetivos, além de me incentivar a ir além nos momentos de desespero, quando tudo parecia dar errado. Obrigado por torcerem para o meu melhor e pela amizade de vocês. Vocês são para mim irmãos que a vida me deu.

Agradeço, também, àqueles que se enquadram na parte dos amigos, mas que merecem a minha atenção e lembrança: a família Pastoreio Jovem, a quem me aproxima de Deus e me faz crescer sem medidas como pessoa e cristão. Todo meu carinho aos meus parceiros do G6, aos meus coordenadores e amigos, que acompanharam a minha trajetória e sempre rezaram pelo meu sucesso. Vocês são uma parte de mim, e agradeço todos os dias por ter a oportunidade de conviver com todos vocês.

Por fim, agradeço ao meu orientador, professor Ivo Teixeira Gico Júnior, a quem tive a oportunidade de conhecer, ainda no começo da graduação, e quem impulsionou minhas melhores ideias e aprimorou com seus conselhos o presente trabalho. Obrigado, professor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
 CAPÍTULO I – O SISTEMA NORMATIVO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: CONCEPÇÕES E CONCEITOS INICIAIS	 10
 1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	 10
 2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	 13
2.1. O princípio da vulnerabilidade do consumidor.....	13
2.2. Princípio da boa-fé objetiva.....	16
2.3. Princípio da equidade ou do equilíbrio contratual.....	16
 3. CONCEITOS RELEVANTES PARA A RELAÇÃO DE CONSUMO	 17
3.1. Conceito de consumidor.....	17
3.2. Conceito de fornecedor.....	20
 4. DIREITO À PROTEÇÃO CONTRA PRÁTICAS E CLÁUSULAS ABUSIVAS.....	 21
 5. O ARTIGO 36 DA LEI Nº 12.529/11 E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO CONSUMERISTA	 23
 6. OS MEIOS DE PAGAMENTO	 24
 7. CONCLUSÃO	 26
 CAPÍTULO II – ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.479.039	 28
 1. HISTÓRICO DO PROCESSO	 28
 2. ARGUMENTOS DA CDL/BH	 30

3. ARGUMENTOS DO ESTADO DE MINAS GERIAS E DO MPMG	32
4. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DO JULGADO E CONCLUSÃO	34
5. ANÁLISE CRÍTICA DO ACÓRDÃO	36
6. A LEI 13.445/17	43
7. CONCLUSÃO	43
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo promover uma análise quanto a problemática da concessão de descontos em razão do meio de pagamento sob a ótica consumerista, tendo por base, sobretudo, o próprio Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal, decisão do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Resp 1.479.039. Dentre os assuntos abordados, além de uma explanação dos aspectos gerais envolvidos, pretende-se também verificar a viabilidade jurídica da norma, bem como sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, sua finalidade, as motivações para implementação, as posições doutrinárias favoráveis e contrárias e o impacto nas relações de consumo. A conclusão é retirada por meio de uma análise sistemática do ordenamento pátrio, tendo por preceito os entendimentos doutrinários aplicáveis e levando em conta os princípios constitucionais basilares relacionados.

ABSTRACT

This project research aims to promote an analysis of the problem of the granting of discounts due to the means of payment under the consumerist perspective, based mainly on the Consumer Protection Code itself, the Federal Constitution, decision of the Superior Court of Justice at the time of the judgment of Resp 1,479,039. Among the issues addressed, in addition to an explanation of the general aspects involved, it is also intended to verify the legal feasibility of the norm, as well as its compatibility with the national legal order, its purpose, motivations for implementation, favorable and opposing doctrinal positions and the impact on consumer relations. The conclusion is drawn by means of a systematic analysis of the national order, having as a rule the applicable doctrinal understandings and taking into account the related constitutional basic principles.

INTRODUÇÃO

A necessidade de regulamentação e proteção do consumidor surge em um contexto global para acompanhar as inovações tecnológicas e econômicas advindas da Revolução Industrial e com o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor, do nítido desequilíbrio contratual.

No Brasil, a legislação buscou o enfoque protecionista nas relações consumeristas a partir do advento da Constituição Federal de 1988, que instituiu de forma expressa, em seu artigo 5º, inciso XXXII, o dever do Estado em promover a defesa do consumidor, alcançando o patamar de princípio constitucional.

Inobstante o enfoque constitucional do tema, é por meio do Código de Defesa do Consumidor – CDC, instituído pela Lei 8.078/90, que se obteve o marco legal instituidor de normas de aplicabilidade prática, fazendo valer a proteção do consumidor nas relações interpessoais frente ao fornecedor.

Seu alcance protecionista é tamanho em nosso ordenamento jurídico que se considera o CDC mais do que um simples código, mas sim, um microssistema¹ de proteção ao consumidor, que obteve a superação do *pact sun servanda*, com o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, se adequando às distinções dessas relações jurídicas frente aos aspectos gerais regulados pelo Código Civil. (MIRAGEM, 2013).

Dentre essa temática de proteção ao consumidor, convergem as posições sobre a concessão de descontos em razão do meio de pagamento, melhor traduzida no chamado “desconto à vista”.

De um lado, aos críticos desta concessão, argumenta-se no sentido de haver violação aos direitos do consumidor, por gerar diferenciação ilegal sob a perspectiva do CDC.

De outro, tem-se como válido e positivo para as relações consumeristas, por privilegiar o consumidor com o abatimento de uma taxa que está embutida no preço.

Há, nesse contexto, duas bases centrais, que oferecem perspectivas diferentes sobre a problemática instaurada. Até meados de 2016, havia entendimento jurisprudencial consubstanciado e reiteradamente aplicado no ordenamento pátrio,

¹ Mais sobre o tema em: TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição. Premissas de uma reforma legislativa. IN: TEPEDINO, Gustavo (org.) Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16

advindo do julgamento do Resp 1.479.039, em que se entendia pela impossibilidade jurídica de concessão de descontos de acordo com o meio de pagamento, fundamentada nas garantias esculpidas no CDC.

Contudo, com o advento da MP 764/16, posteriormente convertida na Lei 13,455/17, houve a expressa autorização desse comportamento, constando em seu texto, inclusive, a revogação expressa de toda e qualquer norma em sentido contrário.

Dessa forma, cinge-se a controvérsia. É, então, possível o desconto em virtude do meio de pagamento tendo sob perspectiva a proteção do consumidor?

É essa a pergunta que impulsiona o presente projeto, que abordará sob diversos prismas a temática, buscando compreender a finalidade da norma e os limites da proteção consumerista, analisando a compatibilidade dos descontos em virtude do meio de pagamento com o CDC e com a Constituição Federal de 1988, perpassando por subtemas de alta relevância para a discussão.

Apesar da MP 764/16 encerrar a questão sobre a possibilidade ou não de descontos em razão do meio de pagamento, tem-se como relevante a temática aqui instaurada pois visa discutir princípios e apontar críticas ao julgamento realizado, que poderão balizar futuros questionamentos sobre a abusividade nas relações consumeristas.

Dentre as hipóteses decorrentes do presente trabalho, temos a possibilidade jurídica da concessão de descontos em razão do meio de pagamento, mesmo em momento anterior à vigência da MP 764/16, ou não, tendo em vista, sempre, a proteção do consumidor.

Cabe a mim, nessa oportunidade, ressaltar a grande relevância do tema ora discutido, pois além de sua aplicação prática no nosso dia-a-dia, influenciando diretamente as nossas escolhas e referências no consumo, é meio de se analisar a relevância e efetividade da defesa do consumidor frente aos interesses governamentais e do mercado, ponto que me desperta grande interesse, ainda mais com a significância atual dessa sistemática no direito pátrio.

CAPÍTULO I

O sistema normativo de proteção ao consumidor: concepções e conceitos iniciais.

O Capítulo I se presta para que haja uma melhor compreensão sobre o tema, trazendo uma abordagem inicial sobre os aspectos de proteção esculpidos no Código de Defesa do Consumidor – CDC, bem como conceitos e posições doutrinárias fundamentais para a temática aqui instaurada.

O primeiro tópico aborda a fundamentação constitucional de proteção ao consumidor, com conceitos de extrema relevância para a discussão principal do tema.

Já no tópico nº 2, temos os aspectos relevantes do Código de Defesa do Consumidor, incluindo em subtópicos alguns dos princípios abarcados por este, que acabam por conformar os ideais retirados da constituição e elucidam a temática da concessão de descontos em virtude do meio de pagamento.

O tópico nº 3 traz a conceituação de consumidor, fornecedor e de produtos e serviços, buscando compreender quais os indivíduos que integram a relação jurídica consumerista, e, portanto, estão abarcados pela norma, bem como o objeto da norma.

No tópico seguinte, é trazido à baila o direito à proteção do consumidor contra práticas e cláusulas abusivas, importante fundamento teórico para uma análise crítica da norma e jurisprudência.

No tópico nº 5, por fim, há uma breve introdução sobre o artigo 36 da Lei 12.529/11, que prevê, entre outros temas, as infrações à ordem econômica.

1. A Constituição de 1988 e a proteção do consumidor.

Segundo já destacado nas noções introdutórias, o direito do consumidor surge em nosso sistema normativo com previsão expressa na Constituição Federal de 1988, que trata do tema como direito fundamental, artigo 5º, XXXII² e em seu artigo 170, V, como princípio da ordem econômica.³

² Artigo 5º, XXXII, CF/88: O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor

³ Artigo 170, V, CF/88: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V- defesa do consumidor

Há que se destacar que, em virtude de sua localização no texto constitucional, o disposto no artigo 5º, XXXII, contido no Capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, segundo doutrina e jurisprudência majoritária, não é passível de reforma por emenda constitucional, constituindo cláusula pétrea, de acordo com o disposto no artigo 60, §4º, IV da Constituição de 1988⁴ (MIRAGEM, 2014, p. 51).

Em um primeiro momento, como direito fundamental que é, a defesa do consumidor parece esbarrar, ou até mesmo contrariar, outros direitos igualmente fundamentais, como ocorre com o direito à igualdade, vez que para proteger o consumidor é dada condição favorável a este em detrimento do fornecedor, rompendo com o tratamento igualitário.

Contudo, resta evidente que a proteção ao consumidor não viola o princípio da igualdade, vez que a igualdade fática pode, por vezes, não condizer com a igualdade jurídica.

De acordo com Bruno Miragem (2014, p. 52), a proteção do consumidor busca a equalização de uma relação faticamente desigual, uma vez que o poder econômico, o domínio técnico e o conhecimento de que dispõem os fornecedores colocam o consumidor em desvantagem, caracterizado como vulnerabilidade, não sendo adequado o tratamento igual de ambos os sujeitos, ao revés, sendo imprescindível que haja o tratamento desigual.

Trata-se, pois, nesse ínterim, do *favor debitoris* (do latim, favor do devedor), conceituado como:

[...] uma nova definição de igualdade dos mais fracos no direito privado, igualdade não apenas formal (na lei ou frente à lei), mas material ou total, uma igualdade dos desiguais (tratar desigualmente os desiguais e igualmente os iguais). Uma igualdade material, que necessariamente, só será alcançada com a intervenção ordenadora (ordem pública de direção e de organização) do Estado a reequilibrar esta relação intrinsecamente desequilibrada, assegurando direitos para os mais fracos, por exemplo, os consumidores, e impondo deveres para os mais fortes, como os fornecedores de produtos e serviços na sociedade de consumo ou no mercado brasileiro. (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2013, p.40)

Nesse contexto, e com base na previsão constitucional de proteção do consumidor como princípio e garantia fundamental, cabe a pergunta: A defesa do consumidor detém de status Constitucional?

⁴ Artigo 60, §4º, IV, CF/88: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV- os direitos e garantias individuais.

Humberto Theodoro Júnior (2013) afirma que a norma não possui esse status Constitucional, ao revés, se trata de princípio geral, com observância obrigatória pelos agentes quando da aplicação da lei, não sendo dotada de supremacia absoluta em detrimento das demais normas que integram a ordem econômica e do direito clássico das obrigações e dos contratos, apenas buscou reprimir os abusos da parte mais forte.

Por outro lado, é certo que possuem natureza de ordem pública, sendo ao mesmo tempo de direito privado e de forte interesse público, vez que imbuída de função social, razão pela qual não podem ser afastadas por mero ato de vontade das partes (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2013, p. 66).

Flávio Tartuce (2013, p. 9-14), sob outro prisma, defende a suprallegalidade da norma de proteção ao consumidor e sua pertença a classe de normas de terceira geração (BOBBIO, 2004, p. 15), já que a lei consumerista visa a pacificação social, na tentativa de equilibrar a díspar relação existente entre fornecedores e consumidores, possuindo o caráter de norma principiológica, e portanto, detém grau hierárquico mais elevado às leis ordinárias, devendo estas estarem em consonância e obediência aos princípios fundamentais do CDC.

Inobstante as divergências doutrinárias sob a hierarquia das normas de proteção ao consumidor, é certo que, com base na teoria do diálogo das fontes, em que as normas jurídicas não se excluem, ao revés, se complementam, aplica-se ao ordenamento jurídico uma nova concepção, que legitima a aplicabilidade de uma pluralidade de normas em sentido diverso sem torna-las conflitantes, melhor traduzida a seguir:

“Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja completamente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes) (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2013, p. 123).

É, portanto, a partir desse conceito, que podemos exprimir a compatibilidade desse sistema de proteção com demais princípios e normas jurídicas, e ainda, sua relevância dentro da sistemática a que se propõe.

Dado o tratamento Constitucional do tema, relevante a constatação de que a instituição da defesa do consumidor como princípio e garantia fundamental, coloca-o em posição de relevância no ordenamento jurídico, sendo, ainda, muito maior o papel

atribuído ao Estado, que não deve apenas observar esses preceitos, mas sim, promove-los.

Diante da previsão abstrata da Constituição é que impôs ao regramento jurídico brasileiro a instituição de um sistema voltado à proteção consumerista, que para cumprir de forma eficaz com seus objetivos, não poderia se dar por leis esparsas, por vezes lacunosas e contraditórias, sendo necessária a instituição de um Código, O Código de Defesa do Consumidor, que apesar de não deter formalmente a condição de Código, o é, na verdade (GRINOVER *et al.*, 2011, p. 6-7).

2. O Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, tem tratamento em nosso ordenamento de microssistema, ou seja, com maior amplitude material, abrangendo relações jurídicas específicas, promovendo um regramento próprio, com a finalidade de proteger o consumidor frente ao fornecedor.

O microssistema do direito do consumidor, neste sentido, surge a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor. O próprio constituinte, ao determinar no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o legislador elaboraria um Código, indica uma organização normativa sistemática, de regras e princípios, orientada para a finalidade constitucional de proteção do mais fraco na relação de consumo. (MIRAGEM, 2014, p.46)

É considerado o Código de Defesa do Consumidor, nesta senda, um microssistema normativo pelo tratamento de distintos ramos do direito, vinculados pelo ideal de proteção do consumidor, compilado por princípios, direitos básicos, aspectos principais de direito material, direito processual, direito administrativo e, inclusive, direito penal (MIRAGEM, 2014, p.46).

Tendo em vista que o presente trabalho se presta a verificar uma situação específica dentro da sistemática de defesa do consumidor, não se pretende esgotar o conteúdo do CDC, ao contrário, faz-se necessária a pontuação dos princípios e direitos básicos desta seara jurídica para melhor debate sobre a problemática.

Realizado esse esclarecimento, importante salientar a superação que este Código promoveu das normas abstratas instituídas pelas relações privadas, como por

exemplo a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*⁵, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor.

A esse respeito, diz Cláudia Marques, Antônio Herman Benjamin e Leonardo Bessa (2013, p. 39):

Se o eixo-central do novo direito privado é a Constituição e sua axiologia, que inclui a proteção dos consumidores, é possível explicar o direito do consumidor também apenas pela evolução e relativização dos dogmas do próprio direito privado, tais como a autonomia da vontade, o contrato, os poderes do crédito e o *pacta sunt servanda*.

Verificando justamente esse argumento, Tartuce (2014, p. 3) afirma que o CDC constitui “uma típica norma de proteção de vulneráveis”.

A vulnerabilidade afirmada pelo Autor, é, por conseguinte, o princípio norteador do Código de Defesa do Consumidor, e tal como a boa-fé objetiva e o princípio da equidade, merece tratamento específico neste trabalho, que se dará a seguir, tratamento este que não exclui outros princípios específicos expressos no CDC, melhores descritos na obra de Flávio Tartuce e Daniel Amorim⁶, bem como na de Bruno Miragem⁷, como por exemplo, os princípios da transparência; intervenção do Estado; efetividade; harmonia das relações de consumo, etc.

2.1. O princípio da vulnerabilidade do consumidor

O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor, previsto no artigo 4º, I, do CDC⁸, possuindo presunção absoluta a todos os consumidores, informando as condições de aplicabilidade das normas consumeristas.

Se associa à identificação de inferioridade de um dos sujeitos da relação jurídica, o consumidor, em relação ao outro, fornecedor, derivada de determinadas

⁵ Em tradução livre, do latim: “Acordos devem ser cumpridos”.

⁶ Mais sobre o tema em: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014.

⁷ Mais sobre o tema em: MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor – 5. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁸ CDC. Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

condições ou qualidades ou, ainda, de uma posição de força superior deste em relação àquele (MIRAGEM, 2014, p.122-125).

A vulnerabilidade se subdivide em várias espécies, dentre as quais, destaca-se: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica e vulnerabilidade fática (MARQUES, 2011, p. 330).

É considerada a vulnerabilidade técnica do consumidor por este não deter, em regra, dos conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço que utiliza, ao passo que o fornecedor é presumidamente *expert* no assunto, detendo de informações exatas sobre as características destes, estando o consumidor mais propício ao engano.

Já a vulnerabilidade jurídica advém da falta de informação do consumidor sobre as normas que regem a relação de consumo, instituidora de deveres e direitos, com impacto jurídico relevante, havendo presunção em contrário quando se trata de profissional e de pessoas jurídicas (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2013, p. 101).

Por fim, a vulnerabilidade fática abrange diversas situações jurídicas, que acabam de alguma forma tornando o consumidor mais suscetível aos abusos do fornecedor, dentre as quais, destaca-se a vulnerabilidade econômica, a dos idosos e crianças, analfabetos, do doente, etc.

Há de se verificar que a vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência⁹, instituto voltado para fins processuais:

Ao contrário do que ocorre com a vulnerabilidade, a hipossuficiência é um conceito fático e não jurídico, fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto. Assim sendo, todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente. (TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, 2013, p. 34)

Decorre da vulnerabilidade o princípio do protecionismo, que entabula o dever do Estado em intervir e proteger as relações de consumo, adotando medidas efetivas e não apenas quando provocado (NUNES JÚNIOR; SERRANO, 2003, p. 30).

⁹ Segundo Flávio Tartuce, “O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento [...] decorrência direta da hipossuficiência é o direito à inversão do ônus da prova a favor do consumidor [...]” (TARTUCE, Flávio, 2013, p. 34)

2.2. Princípio da boa-fé objetiva

Esse princípio é de extrema relevância para as relações do direito em geral, mas possui destaque no Código de Defesa do Consumidor, com previsão expressa no artigo 4º, III, CDC¹⁰. Frisa-se que, trata-se nesse princípio da boa-fé objetiva, e não da subjetiva¹¹.

Bruno Miragem (2014, p. 134) define a boa-fé objetiva como:

[...] fonte de deveres jurídicos não expressos, ou seja, deveres que não estão estabelecidos na lei ou no contrato, mas que decorrem da incidência do princípio sobre uma determinada relação jurídica, implicando o reconhecimento de deveres jurídicos de conduta. [...] Assim, o princípio da boa-fé objetiva implica a exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas gerados no outro.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva se impõe como um dever das partes na relação consumerista, impondo uma postura ética frente aos interesses individuais.

Em relação à defesa do consumidor, portanto, esse princípio guarda íntima relação com o dever do fornecedor de informar as condições e as características do produto ou serviço da forma mais clara possível, na observância de uma publicidade justa e, ainda, em relação à garantia contra vícios do produto, por exemplo.

2.3. Princípio da equidade ou do equilíbrio contratual

Esse é o princípio central para compreender e analisar o tema de fundo, conforme será visto adiante, na viabilidade ou não da concessão de desconto à vista.

Trata-se, pois, de princípio que surge para solucionar a vulnerabilidade do consumidor na formação da relação negocial, uma vez este, no plano fático, está em

¹⁰ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

¹¹ Bruno Miragem destaca que: [...] a boa-fé subjetiva não se trata de princípio jurídico, mas tão somente de um estado psicológico que se reconhece à pessoa e que constitui requisito presente no suporte fático presente em certas normas jurídicas, para produção de efeitos jurídicos. (MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 134)

posição desigual em relação ao fornecedor, e justamente visando o reequilíbrio contratual, se faz necessária a tutela jurídica.

É, pois, uma projeção do princípio da igualdade previsto no texto Constitucional (MIRAGEM, 2014, p. 137).

A equidade contratual buscada pelo Código de Defesa do Consumidor pode ser claramente verificada em observância ao disposto no artigo 6º, IV do CDC, que prevê “a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”, bem como o artigo 51, IV do mesmo Código, que estabelece a nulidade de cláusulas contratuais consumeristas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Percebe-se, nesse ínterim, que a tentativa da legislação ao buscar balancear a relação contratual entre consumidor e fornecedor implica em uma superação da vontade *inter partes*, voltada ao interesse útil do contrato, ampliando a possibilidade de revisão contratual sempre que houver comprometimento do equilíbrio, podendo levar a anulabilidade das cláusulas em favor de uma justiça contratual (MIRAGEM, 2014, p. 137-139).

3. Conceitos relevantes para a relação de consumo

3.1. Conceito de consumidor

O conceito de consumidor para o CDC é mais complexo do que pode parecer de início. Trata-se de conceito amplo, com previsão expressa, conforme se verifica no artigo 2º, caput¹², o consumidor *standard* (do inglês, padrão) e parágrafo único¹³, artigo 17¹⁴ e 29¹⁵, os consumidores equiparados ou *bystander* (do inglês, espectador),

¹² CDC, Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

¹³ CDC, Art. 2º, parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

¹⁴ CDC, Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

¹⁵ CDC, Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

todos do CDC, visando a caracterização de um dos sujeitos da relação de consumo, que não necessariamente é àquele que adquire o produto.

Consumidor, é, pois:

[...] uma definição também ampla em seu alcance material. No CDC, o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. Visa também defender toda uma coletividade vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade abusiva ou violadora de igualdade de raças, de credo e de idades no mercado de consumo, assim como todas as vítimas do fato do produto e do serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não usado os produtos e serviços como destinatários finais. É uma definição para relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais ou coletivas (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2013, p. 92).

Em se tratando do consumidor padrão, várias são as teorias que buscam uma melhor definição para um conceito tão sensível, descrito no artigo 2º do CDC pelo termo vago de “aquisição ou utilização do bem como destinatário final”, determinante da aplicação, ou não, do Código de Defesa do Consumidor.

Dentre essas teorias, temos: teoria finalista; teoria maximalista e teoria finalista aprofundada ou mitigada, sem deixar de lado o conceito de consumidor equiparado, também de profunda importância, a seguir pormenorizados.

A teoria finalista, argumenta no sentido de interpretação restritiva do conceito de consumidor, interpretando o termo “destinatário final” como aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, ou seja, não bastando a retirada do bem de mercado, é necessário que este não seja adquirido para a uso profissional, não se tenha o intuito de lucro.

Já a teoria maximalista pretende abranger uma quantidade mais extensa de pessoas, dando interpretação do termo “destinatário final” unicamente para a destinação fática do bem, sem se importar com a finalidade econômica dessa relação, se é com o intuito de lucro ou não.

Em seguida, temos a teoria finalista aprofundada ou mitigada, advinda pós entrada em vigor do Código Civil de 2002 e pela atuação do Superior Tribunal de Justiça (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2013, p. 97).

A teoria finalista aprofundada passa a abarcar o conceito de vulnerabilidade como determinante da destinação final ou não do bem, vulnerabilidade essa que é presumida para a pessoa física, mas que pode ser comprovada em relação ao profissional.

A vulnerabilidade do profissional está intrinsicamente ligada à expertise do agente em relação ao produto ou serviço, uma vez que, se diverso da sua especialidade, pode ser considerado destinatário final por não deter do conhecimento específico sobre o objeto que está adquirindo.

Por derradeiro, trata-se do conceito de consumidor equiparado ou *bystander*, definido como:

Em apertada síntese, são consumidores equiparados, *ex vi* o parágrafo único do art. 2º do CDC, a *coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*; *ex vi* o art. 17 do CDC, *todas as vítimas* dos fatos do serviço, por exemplo, os passantes na rua quando o avião cai por defeito do serviço, ou todos que estão em um *shopping center* que explode, sejam comerciantes ou visitantes futuros consumidores, todos são vítimas deste trágico acidente de consumo. Também, segundo o art. 29 do CDC, são consumidores equiparados *todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais de oferta, de contratos de adesão, de publicidade, de cobrança de dívidas, de bancos de dados, sempre que vulneráveis in concreto* (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2013, p. 108).

São, portanto, equiparados à consumidor três outras categorias, em razão da potencial lesividade promovida pelas atividades dos fornecedores a esses grupos, não enquadrados na definição de consumidor *stritu sensu*. São elas: a coletividade de pessoas; a vítima do fato do produto e de serviço e; pessoas expostas às práticas abusivas dos fornecedores.

A coletividade de pessoas, prevista no artigo 2º, parágrafo único do CDC, equipara-se à consumidor para abarcar uma universalidade, um conjunto de consumidores de produtos ou serviços, ou mesmo o grupo, classe ou categoria deles (FILOMENO, 2012, p. 38).

Trata-se, neste interim, de equiparação destinada a legitimar a tutela coletiva dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos estabelecido nos artigos 81¹⁶ e seguintes do CDC.

Já para a vítima do fato do produto e de serviço, com previsão no artigo 17 do CDC, necessária a verificação do acidente de consumo, o fato, decorrido em virtude do vício, que irá gerar a responsabilidade civil do fornecedor pelos danos decorrentes desse vício.

É importante ressaltar que esta proteção, determinando a responsabilidade objetiva do fornecedor, que por definição independe de culpa, advém da teoria do

¹⁶ CDC, Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

risco da atividade econômica¹⁷, não sendo necessário que o consumidor equiparado integre a relação de consumo, ou seja, adquira o produto ou serviço, daí sua equiparação.

E por fim, em relação às pessoas expostas às práticas abusivas, têm-se a principal preocupação com a proteção do consumidor em relação às ofertas¹⁸, publicidade¹⁹, práticas abusivas²⁰ e cobrança de dívidas²¹.

Essa preocupação e tutela tem por previsão a repressão dos abusos de poder econômico promovido pelos fornecedores, que prejudicam não um só sujeito de forma individual, mas todo o mercado consumidor, daí sua relevância na proteção consumerista (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2013, p. 110-112).

3.2. Conceito de fornecedor

Fornecedor é definido pelo artigo 3º do CDC²², em uma pluralidade de verbos, que visam justamente abarcar o maior número possível de sujeitos, tendo como núcleo o exercício de atividades profissionais com tipicidade e habitualidade.

Há, contudo, situações que implicam em uma interpretação mais extensa da norma.

A jurisprudência foi a responsável por definir se havia ou não relação de consumo, portanto, entre fornecedor e consumidor, quando a empresa que exerce atividades habituais e de forma profissional comercializam outros bens que não os da natureza do comércio exercido pelo vendedor, como exemplo, uma agência de viagens que vendeu seu carro para um consumidor, entendendo nesse sentido que não se tratava de fornecedor e não estaria a relação abarcada pelo Código de Defesa de Consumidor, não se aplicando o mesmo entendimento à prestação de serviços (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2013, p. 112-113).

¹⁷ No CDC, tal previsão de responsabilidade objetiva derivada da teoria do risco da atividade econômica está prevista nos artigos 12, 13 e 14 do referido Código.

¹⁸ Regulamentado pelos artigos 30 a 35 do CDC.

¹⁹ Regulamentado pelos artigos 36 a 38 do CDC.

²⁰ Regulamentado pelos artigos 39 a 41 do CDC.

²¹ Regulamentado pelo artigo 42 do CDC.

²² CDC, Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Tem-se, ainda, a figura da cadeia de fornecimento, em que há a responsabilidade solidária de toda a cadeia produtiva, desde a fabricação até a distribuição, ressalvadas algumas exceções que, no entanto, não eximem a responsabilidade, apenas as tornam subsidiárias.²³

Por fim, criou-se a teoria do fornecedor equiparado, descrito como:

[...] aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor (aquele que tem seus dados cadastrados como mau pagador e não efetuou sequer uma compra) ou a um grupo de consumidores (por exemplo, um grupo formado por uma relação de consumo principal, como a de seguro de vida em grupo organizado pelo empregador e pago por este), como se fornecedor fosse (comunica o registro no banco de dados, comunica que é estipulante nos seguro de vida em grupo etc.) (BESSA, Leonardo. Fornecedor equiparado. Revista de Direito do Consumidor, v.16, n. 61, 2007).

É criada essa teoria para abarcar uma evolução, ainda incompleta, do campo de aplicação do CDC, para deter uma posição de poder do fornecedor na relação outra com o consumidor, com a chamada conexão da relação de consumo principal, que vem a dar causa a relação de estipulação, que pode ser trabalhista, civil, etc (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2013, p.117-119).

4. Direto à proteção contra práticas e cláusulas abusivas

Há previsão expressa no CDC sobre a coibição de práticas e cláusulas abusivas, conforme dispõe o artigo 6º, IV do CDC, já mencionado no presente trabalho no tópico sobre o princípio da equidade.

A definição do que seriam essas práticas abusivas, contudo, é termo vago, com rol exemplificativo no artigo 39 do CDC, mas que, em suma, refere-se à toda atuação do fornecedor voltada ao desrespeito de padrões de conduta negociais, ou mesmo pós-contratual, violando, desta forma, a boa-fé objetiva.

Esse desrespeito ao padrão de conduta se encontra caracterizado, por exemplo, no disposto do inciso V do artigo 39 do CDC, que estabelece a vedação do fornecedor a “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”, ou ainda, conforme disposto no inciso X, “elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços”.

²³ As exceções à responsabilidade solidária são previstas no próprio CDC, nos artigos 12 e 13.

Os dois incisos supracitados possuem grande relevância para formação do entendimento jurisprudencial que se formou em nosso ordenamento a partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039, fonte de análise desse trabalho, cabendo um maior detalhamento sobre cada um deles.

Assim, cabe definir o que seria uma vantagem manifestamente excessiva e a elevação sem justa causa de preços.

A vantagem manifestamente excessiva, segundo Antônio Herman Benjamin (2011, p. 384), é sinônimo de vantagem exagerada, conforme artigo 51, §1º do CDC, que prevê:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

§1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I- ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II- restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual; I

II- se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares do caso.

Desta forma, percebe-se que a definição de vantagem excessiva dada pelo Código de Defesa do Consumidor é um conceito aberto, de caráter exemplificativo, condição auferida pelo uso da expressão “entre outras”, constituindo como núcleo, contudo, a vantagem que imponha ofensa à princípios, restrinja direitos ou obrigações com o consequente desequilíbrio contratual e, por fim, onerosidade excessiva para o consumidor.

Já a elevação sem justa causa de preços, conforme orienta Antônio Herman Benjamin (2011, p. 393), visa assegurar que, mesmo em um regime de liberdade de preços, os agentes públicos no momento da aplicação da lei possuam elementos para análise e mecanismos de controle da abusividade dos preços entabulados pelo fornecedor. Importa dizer quê: o aumento de preços deve ocorrer em razão de justa causa, ou seja, fugindo da mera arbitrariedade, com o devido fundamento, sob pena de ser considerado abusivo.

5. O artigo 36 da Lei nº 12.529/11 e sua relação com o direito consumerista

A lei 12.529/11 é a responsável por estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, como expressamente prevê o artigo 1º desta, dispondo sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, *in verbis*:

Art.1º- Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Nota-se do texto legal uma pretensão de conformar os ditames constitucionais de ordem econômica, estabelecendo, portanto, critérios legais para amparar as medidas de controle de mercado por parte do Estado.

Sob esse prisma, destaca-se a intenção do legislador presente no artigo 36 da referida lei, que elenca como ato infracionário à ordem econômica as condutas que promovam os efeitos descritos incisos I à IV do referido artigo, além de trazer rol exemplificativo, que deve ser observado em conjunto com o caput, de infrações à ordem econômica, procurando reprimir prejuízos à livre concorrência, tais como a “dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros”, conforme previsão contida no artigo 173, §4º, Constituição Federal de 1988.

Os efeitos repudiados por este comando normativo são:

- I- limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II- dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III- aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV- exercer de forma abusiva posição dominante.

Cabe destacar que, em relação ao método de verificação de condutas que constituem infração à ordem econômica:

[...] pode-se dizer que as autoridades concorrenciais adotam como *standard* geral de análise a “regra da razão” (*rule of reason*), segundo a qual as condutas só podem ser caracterizadas como ilícitas se forem devidamente demonstrados os seus efeitos anticoncorrenciais, ponderando-se eventuais aspectos restritivos com os possíveis benefícios econômicos dela decorrentes, em termos de diminuição de custos, eficiência produtiva ou incentivos para inovação. (PEREIRA NETO, 2016, p. 93)

Em suma, para configurar infração à ordem econômica, devem ser comprovados os efeitos anticoncorrenciais da conduta, desde que estes não sejam

suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios compensatórios, tendo sob perspectiva a razoabilidade; a regra da razão.

Desta forma, deve estabelecer-se o parâmetro básico para fins de aplicação desta lei, em que as condutas dos agentes econômicos apenas irão caracterizar infração à ordem econômica e portanto, passíveis de punição, quando alcançarem os efeitos lesivos descritos nos incisos I à IV do artigo 36, ou, ainda, forem potencialmente lesivos.

Nesse contexto, o §3º do artigo 36 traz rol exemplificativo de condutas que podem vir a causar os efeitos descritos nos incisos I à IV, os quais merecem destaque no presente trabalho os incisos X e XI, fundamento do Recurso Especial que será analisado no capítulo seguinte.

Prevê o §3º do artigo 36, bem como incisos X e XI:

§ 3º. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

Assim, verifica-se de forma clara a situação prevista na norma no inciso X, que entende como infração da ordem econômica, desde que configuradas as hipóteses do caput e seus incisos, a discriminação de adquirentes ou fornecedores por fixação de preços distintos e condições diversas de comercialização.

De igual modo, não pode haver a recusa de comercialização quando se encontrar em condições de pagamentos normais ao mercado.

Tem-se aqui o suficiente, por hora, para elucidação do artigo 36, que terá melhor abordagem sobre sua aplicação, ou não, na prática de desconto à vista, quando das análises em sequência.

6. Os meios de pagamento

Meio de pagamento, em um conceito econômico, engloba um conjunto identificável de forma territorial, constituído pelo meio circulante e pela moeda escritural, sendo no Brasil: o papel moeda emitido (pelo Estado) e inserida no meio

circulante, a moeda em poder público, os depósitos nos bancos comerciais, títulos da dívida federal, depósitos de poupança, depósitos a prazo, valores à ordem do Banco Central (NUSDEO, 2014).

Entretanto, fugindo da nomenclatura técnica e passando à uma análise do dia-a-dia do consumidor, tem-se como principais meios de pagamento de bens e serviços atuais: moeda (dinheiro); cartão de débito; cartão de crédito.

Cabe aqui uma elucidação prévia sobre as diferenças entre o cartão de débito e de crédito, bem como algumas questões relevantes para entendimento das operações realizadas por meio destes dois meios de pagamento.

O cartão de débito é aquele em que o valor operacionalizado é automaticamente retirado da conta de quem compra, e em certo prazo, usualmente não superior à 3 (três) dias, repassado à conta do vendedor por meio da operadora de cartão, com a cobrança de taxas percentuais previamente estabelecidas, variáveis de acordo com o ramo de atividade.

O cartão de crédito possui operação similar, contudo, para quem compra, há um prazo para pagamento, não sendo o valor automaticamente abatido, possibilitando também o parcelamento da compra, e para quem vende, há um alongamento do prazo para recebimento dos valores, usualmente superior à 30 dias, podendo também serem periódicos de acordo com a quantidade de parcelas, com cobranças de taxas mais elevadas pela operadora de crédito, também previamente estabelecidas e variáveis de acordo com o ramo de atividade.

Certo é que, como meio de viabilizar a atividade econômica e a obtenção de lucro, o comerciante de bens ou serviços repassa o valor de seus custos operacionais para os bens ofertados, ainda que presumidos, prática comum e permitida em uma economia de livre fixação de preços, e dentre essas despesas, certamente incidem o referente aos custos com cartão de crédito, mesmo que a venda ocorra por outros meios de pagamento, como em dinheiro.

Apenas à título de validação do argumento acima utilizado, o Banco Central tem trabalhado na limitação da cobrança de taxas dos cartões por parte das operadoras de cartão, já tendo realizado medida nesse ano para, a partir de outubro de 2017, limitar as taxas de operação média com cartão de débito ²⁴, agora buscando

²⁴CAMPOS, Alves; RIBEIRO, Alex; CAMPOS, Eduardo. BC muda regras de cartão de débito. Valor Econômico, São Paulo e Brasília, 26 mar de 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/financas/5408025/bc-muda-regras-do-cartao-de-debito>. Acesso em: 07 de set de 2018.

meios também de limitar as taxas de operações com cartão de crédito, visando a redução dos preços de bens e serviços, que teriam o abatimento dessa taxa, para fomentar a atividade comercial.

Contudo, como seria possível o abatimento dessa taxa nas operações com cartões de débito e crédito, e logo, completar a finalidade de limitação da taxa pelo Banco Central como meio de reduzir custos para comerciante e mercado consumidor, uma vez que subsiste para o comerciante a proibição de conceder descontos em razão do meio de pagamento?

7. Conclusão

Da leitura desse capítulo, pudemos compreender melhor as bases do sistema de proteção do consumidor, verificando princípios e regras que irão impulsionar a discussão sobre o problema do presente projeto.

Nesse contexto, conforme se observa na parte inicial, foi verificada a previsão Constitucional da proteção do consumidor e a sua imposição como direito fundamental e princípio da ordem econômica, demonstrando sua relevância no ordenamento pátrio.

Em seguida, tratamos da Lei reguladora das relações consumeristas e conformadora da previsão Constitucional, o Código de Defesa do Consumidor, instituído como um microssistema para abarcar as diversas áreas do direito imbuídas de promover a proteção do consumidor, perpassando por princípios basilares dessa norma.

Em consequência, foi abordado conceitos relevantes e que visam caracterizar as relações de consumo, tendo em vista a especialidade desta legislação, que impõe a relativização das normas de direito civil dada suas peculiaridades.

Nesse descortino, verificamos as práticas caracterizadas como abusivas nas relações consumeristas, tendo em vista sempre a proteção da parte vulnerável, o consumidor.

Posteriormente, foi abordada aspectos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, relevantes para compreensão de termos do julgado que será a seguir analisado, tendo em vista a referência expressa à essa norma para fundamentação e conclusão do entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, foi abordado de modo breve o que seria um meio de pagamento, parte relevante para compreensão do tema proposto, uma vez que o desconto se daria em razão do meio de pagamento escolhido pelo consumidor.

Todo o conteúdo exposto nesse capítulo se justifica para que ocorra uma melhor compreensão dos argumentos dispendidos no capítulo seguinte, bem como para que se possa obter um balizamento mínimo do contexto em que está inserido o julgamento, para que a partir daí, possa ser obtida uma visão crítica do julgado e das teses propostas.

Feitas essas considerações, é a partir do julgamento do Recurso Especial 1.479.039 que se passa a adotar no ordenamento pátrio um entendimento consolidado sobre o tema, que certo ou errado, serviu por certo tempo como regulador das relações consumeristas.

Sua relevância para compreensão do problema jurídico do presente projeto é nítida, o que justifica o foco neste julgado e sua análise de forma mais detida no capítulo seguinte.

Capítulo II - Análise do Recurso Especial nº 1.479.039

No capítulo anterior, foi possível a verificação, ou ainda, a reanálise de temas dotados de patente relevância para o direito do consumidor, perpassando por uma análise das bases constitucionais, princípios, conceitos e temas correlatos.

São essas concepções que possibilitam uma imersão no tema, necessária para uma análise detida do julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039, que serviu de orientação da jurisprudência nacional, para que ao final se possa responder a pergunta: É possível então a concessão de descontos em razão do meio de pagamento ou configura a prática uma medida abusiva?

Portanto, no presente capítulo, será discorrido de forma breve sobre o histórico do processo, passando pela análise dos argumentos de ambas as partes bem como os fundamentos do julgado, realizando-se ao final apontamentos sobre a conclusão realizada.

Em seguida, tem-se o tratamento breve da Lei 13.455/17 e considerações sobre o tema proposto.

Por fim, tem-se a conclusão do capítulo, obtida com base nos temas anteriormente abordados e as considerações sobre o Recurso Especial 1.479.039, que tentará de forma simples desvendar as considerações do Judiciário sobre do que se trata a prática abusiva.

1. Histórico do processo

Como meio de posicionar o leitor aos procedimentos adotados até a chegada do processo ao Superior Tribunal de Justiça, tendo em ótica o que ocorreu na origem e como foi a atuação de ambas as partes, tem-se a seguir um breve histórico do processo.

Inicialmente, foi impetrado, pela Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte – CDL/BH, Mandado de Segurança Coletivo Preventivo com Pedido Liminar, contra ato eminente do Secretário Executivo do Instituto de Defesa do Consumidor de Minas Gerais - Procon/MG, na 1ª Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG.

Em síntese, visava-se a segurança, sob o pretexto de direito líquido e certo, para abstenção do Procon/MG na aplicação de multa aos lojistas associados ao

CDL/BH, que nas relações comerciais, diferenciavam os preços ao consumidor nas compras à vista (dinheiro, cheque e débito) em relação às compras a prazo (cartão de crédito) (TJMG, 2010, p. 02-15).

O pedido liminar foi negado pelo juízo de piso (Ibid, p. 95-100), o que ensejou a interposição de Agravo de Instrumento pelo impetrante, CDL/BH, com o intuito de obter-se a liminar pleiteada, tendo, contudo, provimento negado (Ibid, p. 252-257).

Em sequência, sobreveio parecer do Ministério Público em discordância das razões do *wint*, alegando impossibilidade jurídica de promoção de descontos em razão do meio de pagamento (Ibid, p. 128-141). O Estado de Minas Gerais foi chamado a se manifestar nos autos, como real legitimado na relação processual, coadunando o entendimento esposado pelo Ministério Público em relação à matéria de fundo (Ibid, p. 146-148). Com a continuação do feito, a ordem foi denegada pelo juízo *a quo* (Ibid, p. 265-269), o que ensejou a interposição de apelação pela CDL/BH (Ibid, p. 272-284).

Houve contrarrazões do Estado de Minas Gerais (Ibid, p. 288-291) e parecer do Ministério Público pedindo pelo desprovimento do recurso (Ibid, p. 298-305). A apelação foi conhecida pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que, contudo, de forma unânime, negou provimento ao recurso (Ibid, p. 310-313).

Foram opostos Embargos de Declaração pela CDL/BH, alegando omissão e contradição no julgado, uma vez que não haveria norma que proibisse a diferenciação de preços em virtude do meio de pagamento, impondo o julgado ofensa ao artigo 5º, II e artigo 174 da Constituição Federal (Ibid, p. 316-320). Os Embargos de Declaração, contudo, não foram conhecidos, sob o fundamento de descabimento do recurso com base no artigo 535, I e II do Código de Processo Civil de 1973, vigente até então (Ibid, p. 324-326).

Foi então interposto Recurso Especial, com fundamento no permissivo constitucional 105, III, “c”, que trata do dissídio jurisprudencial, alegando afronta do Acórdão recorrido com o julgado nos Recursos Especiais nº 1.178.360 – SP, 1.181.256 – AL, 266.664 – MG e, ainda, 229.586 – SE, que entendiam pela possibilidade jurídica da diferenciação de preços em virtude do meio de pagamento, por inexistência de lei que proibisse tal prática e a falta de violação ao Código de Defesa do Consumidor (Ibid, p. 330-335).

De forma concomitante, a CDL/BH interpôs Recurso Extraordinário, com fundamento no artigo 102, III, “a” da Constituição Federal, alegando contrariedade à

dispositivos Constitucionais, em especial ao artigo 5º, II e 174 da CF/88, e repercussão geral do tema (Ibid, p. 389-397). O Estado de Minas Gerais apresentou contrarrazões a ambos os recursos (Ibid, p. 405-416).

Em juízo de admissibilidade, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais admitiu o prosseguimento do Recurso Especial, tendo, contudo, negado seguimento ao Recurso Extraordinário (Ibid, p. 418-423). O despacho que inadmitiu o prosseguimento do Recurso Extraordinário transitou em julgado sem recurso, razão pela qual os autos subiram ao Superior Tribunal de Justiça (Ibid, p. 425).

Os autos, em distribuição aleatória, foram encaminhados ao relator Ministro Humberto Martins, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça. Em parecer prévio, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso, por estar, até então, de acordo com os precedentes da 1ª Seção do STJ (STJ, 2015, p. 479-480). O recurso foi conhecido, contudo, julgado improcedente, por unanimidade.

Diante do resultado do julgado, foram opostos Embargos de Divergência pela CDL/BH, que, contudo, estão pendentes de julgamento até a presente data, redistribuídos por sorteio à relatora Ministra Regina Helena Costa, concluso para decisão desde 11/07/2017.

Inobstante a pendência de julgamento, diante da edição da MP 764/16, posteriormente convertida da Lei 13.455/17 a CDL/BH se manifestou nos autos requerendo a desistência do feito por perda superveniente do seu objeto, uma vez que é, de forma legal, permitido o desconto à vista, o que impede de forma plena a aplicação de multa pelo Procon/MG (Ibid, p. 615-616).

2. Argumentos da CDL/BH

As razões esposadas pela CDL/BH são cristalinas desde o princípio, com a impetração do Mandado de Segurança Preventivo Coletivo, e subsistem em todas as instâncias alcançadas, inclusive na extraordinária.

Desde o início, pretende-se a abstenção de aplicação de multa pelo Procon/MG aos comerciantes que aplicavam descontos para consumidores que pagassem em dinheiro ou cheque, sanção essa prevista na Portaria do Ministério da Fazenda nº 118 de 11/03/94, uma vez que tal prática beneficiava ambas as partes da relação consumerista (TJMG, 2010, p. 02-15).

Tomou-se o Mandado de Segurança como via adequada para pleitear o direito por haver entendimento, ainda que controvertido, dominante no Superior Tribunal de Justiça em relação à possibilidade de aplicação de descontos em virtude do meio de pagamento, uma vez que não haveria lei proibitiva e não seria ato contrário às normas expressas no Código de Defesa do Consumidor (Ibid, p. 02-15).

Em suas razões, portanto, a CDL/BH tratou de trazer a questão das elevadas taxas impostas aos comerciantes pela operadora de cartão de crédito para operacionalização da compra, taxa essa que afirma chegar até 5%, superior até mesmo à tributação do Simples Nacional, regime tributário direcionado às Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP, que representam a maioria das empresas nacionais (Ibid, p. 02-15).

Ademais, argumentou-se no sentido de que, os valores advindos das compras realizadas por meio do cartão de crédito são disponibilizados para o comerciante em prazo não inferior a 30 dias, o que importa dizer que essa modalidade de pagamento é tipicamente a prazo, por não ser liquidada de imediato (Ibid, p. 02-15).

Ao contrário, alegou que haveria grande lapso temporal entre a efetuação da compra e o pagamento, o que importa, em muitas das vezes, na necessidade dos comerciantes em adiantar os valores futuros com a operadora de cartão para solver suas obrigações, e conseqüentemente, em taxas ainda mais elevadas.

Há, conforme razões recursais, um repasse dessas taxas ao consumidor, até mesmo como forma de viabilizar o negócio, uma vez que o lucro é estimado em cima do valor de venda da mercadoria, em que se faz necessária a consideração das despesas que o fornecedor tem para disponibilizar aquele produto ou serviço (STJ, 2015, p. 330-335).

Desta forma, ao conceder descontos ao consumidor, estaria o fornecedor unicamente abatendo do preço da mercadoria taxa que está embutida no produto, uma vez que as despesas do negócio compõem necessariamente o valor do bem comercializado, como meio de viabilizar o negócio (Ibid, p. 330-335).

Assim, tal prática não seria benéfica apenas ao fornecedor, mas importaria também em benefícios aos consumidores, que teriam o abatimento de taxa que, ainda que este realizasse o pagamento em dinheiro, teria de arcar, além do fato que traria maior poder de barganha ao consumidor.

Destacou, também, que o uso do cartão de crédito, até então, estava limitado a determinada e pequena parcela da sociedade, vez que a grande maioria não

possuiria meios de conseguir esse crédito disponibilizado, ou quando o conseguia, o fazia em valor limitado e insuficiente para abarcar a integralidade de suas aquisições, e que a impossibilidade de concessão de descontos influiria em desvantagens manifestas para esta parcela majoritária de consumidores (Ibid, p. 330-335).

Aliado a estes argumentos, trouxe-se à baila a recorrência desse tipo de atitude no mercado atual, em que é muito comum essa diferenciação para pagamentos em dinheiro ou cheque (Ibid, p. 330-335).

Ademais, tratou-se da ausência de norma proibitiva da prática de tal ato, uma vez que não havia disposição em contrário na legislação, bem como, seria condizente com as normas do Código de Defesa do Consumidor (Ibid, p. 330-335)

3. Argumentos do Estado de Minas Gerais e do MPMG

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, intervindo no processo ainda na fase inicial, emitiu parecer pela denegação da segurança, argumentando, em princípio, que haveria benefícios a todas as partes envolvidas na operação de cartão de crédito (TJMG, 2010, p. 128-141).

O comprador, obtendo prazo para pagamento à emissora do cartão dos bens adquiridos, que devem considerar, necessariamente, o preço de mercado sem distinção (Ibid, p. 128-141).

Para o fornecedor, se evitaria o risco da inadimplência, já que haveria o pagamento garantido pela emissora do cartão, devendo este vender os bens de consumo como preço à vista, pagando a taxa ajustada à administradora do cartão (Ibid, p. 128-141).

Para a administradora do cartão de crédito, ou simplesmente, a emissora, haveria a remuneração, tanto do fornecedor como do consumidor, a fim de administrar a operação e obter lucro (Ibid, p. 128-141).

Desta forma, conforme parecer, ao estabelecer um preço diferenciado na aquisição de produtos por meio do cartão de crédito, o fornecedor inverteria a natureza jurídica do sistema de cartão de crédito, dotado de construção jurídica própria, restringindo direito e obrigações desse negócio jurídico, de modo a ameaçar o seu objetivo e equilíbrio contratual (Ibid, p. 128-141).

Essa suposta ameaça importaria em nulidade de pleno direito do benefício pretendido no Mandado de Segurança, por ser presumidamente exagerada a vantagem perseguida (Ibid, p. 128-141).

Considerou-se exagerada por entender que ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico ao qual pertence, restringindo direitos e obrigações fundamentais e inerentes à natureza do contrato, tornando excessivamente oneroso ao consumidor, nos termos do artigo 39, V e artigo 51, IV, XV e §1º do Código de Defesa do Consumidor (Ibid, p. 128-141).

Sobre essa lógica, infirma que a diferenciação desafia a própria execução do contrato, pois o consumidor nada deve ao revendedor, apenas à operadora do cartão (Ibid, p. 128-141).

Em continuidade, tendo como perspectiva a onerosidade excessiva argumentada pelos Recorrentes, o Ministério Público afirma que deveria ser intentada ação contra este, para revisão do contrato, e não pretender tirar direitos dos usuários do cartão de crédito (Ibid, p. 128-141).

Assim, conclui que a proibição e aplicação de multa pelo Procon/MG pela prática de diferenciação de preços em virtude do meio de pagamento é legítima, porquanto não ofende a liberdade de iniciativa, havendo a quitação da obrigação do consumidor frente ao fornecedor, respeita ainda as normas do CDC e o contrato entabulado com a administradora do cartão, sendo mera conformação do exercício do poder de polícia do Estado (Ibid, p. 128-141).

Em analogia inversa, contudo, e aparentemente equivocada, colaciona o julgado no REsp 1.133.410, de relatoria do Ministro Massami Uyeda, que consigna, de forma expressa que:

(...) não há qualquer imposição legal aos estabelecimentos comerciais de conceder desconto em razão do pagamento em dinheiro, e nem poderia haver, já que a mensuração do preço da venda cabe exclusivamente aos empresários.

Após o parecer acima narrado, o Estado de Minas Gerais apresentou sua defesa escrita, em peça bem sucinta, alegando ausência de direito líquido e certo a ser amparado pelo *mandamus*²⁵ (Ibid, p. 146-148).

²⁵ Termo em latim, usualmente utilizado para se referenciar ao Mandado de Segurança no meio jurídico, que em tradução livre, corresponde à “comando” tendo como sinônimo o termo em Inglês, *writ of mandamus* (documento de mandado).

Infirmou, assim, que seria abusivo o fato do fornecedor, apesar de disponibilizar a venda por meio do cartão de crédito, diferenciar o preço se pago por outra forma, pois assim estaria de evidente repasse de custos à parte fragilizada da relação, o consumidor (Ibid, p. 146-148).

Argumentou, portanto, que ao invés de haver um desconto do preço dos bens, o fornecedor estaria embutindo um valor maior ao preço real do bem para as compras com cartão de crédito, o que decorreria em violação ao comando do artigo 39, V e IX do CDC (Ibid, p. 146-148).

Havendo a abusividade acima exposta, restaria ao Procon/MG o combate a essa prática, razão pela qual seria legítima a aplicação de sanção administrativa, ressaltando pela existência da Portaria n. 118 de 11/03/94 do Ministério da Fazenda (Ibid, p. 146-148).

Esses foram os fundamentos que nortearam todo o processo, desde sua interposição até a alçada ao Superior Tribunal de Justiça, onde ocorreu apenas a repetição da fundamentação por parte do Estado de Minas Gerais (STJ, 2015, p. 405-416).

4. Fundamentação jurídica do julgado e conclusão

Demonstrado acima os posicionamentos contrários, bem como as teses de ambas as partes, chegando os autos para julgamento no Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial autuado sob o número 1.479.039, este foi distribuído à Segunda Turma, em 17/09/2014, com relatoria do Ministro Humberto Martins (STJ, 2015).

No voto condutor, o Ministro Relator tratou de diferenciar as relações jurídicas existentes nas operações com cartão de crédito, tendo três relações centrais: consumidor e emissora; fornecedor e emissora; consumidor e fornecedor (Ibid, p. 486-495).

Para tanto, em referência a primeira relação jurídica, consumidor e emissora, o Ministro explanou tratar-se de relação tipicamente bancária, com a liberação de crédito por parte da emissora e a contraprestação da emissora por meio da cobrança de taxas e, eventualmente, juros no parcelamento (Ibid, p. 486-495).

Em seguida, da relação entre fornecedor e emissora, esta última credenciaria o comerciante e arcaria integralmente com os riscos do inadimplemento e de

eventuais fraudes, repassando o fornecedor um percentual previamente ajustado como forma de contraprestação, a cada venda realizada (Ibid, p. 486-495).

Já na relação consumidor e fornecedor, o uso do cartão de crédito seria um incremento da atividade comercial, pois possibilitaria o aumento de vendas, obtendo o estabelecimento maior lucro, derivado da maior praticidade da modalidade de pagamento (Ibid, p. 486-495).

Da diferenciação acima exposta, conclui o Relator ser a modalidade de pagamento como meio de pagamento à vista, uma vez que, ao realizar a compra, haveria uma imediata satisfação do crédito por parte do consumidor em relação ao fornecedor, com a extinção da obrigação, subsistindo a obrigação apenas em relação à emissora do cartão (Ibid, p. 486-495).

Por ser modalidade de pagamento à vista, entende o julgador ser abusiva a prática de diferenciação de preços de acordo com o meio de pagamento, devendo haver paridade de tratamento com as vendas realizadas por meio de cheque, dinheiro e cartão, fundamentando seu ponto de vista com o artigo 39, V e X do Código de Defesa do Consumidor (Ibid, p. 486-495).

Ou seja, restou consignado que a diferenciação de preços derivada do meio de pagamento enseja exigência de vantagem manifestamente excessiva do consumidor (inciso V) e elevação dos preços sem justa causa (inciso X).

Em continuidade, argumenta ser a prática infração à ordem econômica, por estar inserida no artigo 36, incisos X e XI da Lei 12.529/11, por suposta discriminação de adquirentes mediante imposição diferenciada de preços, bem como recusa à venda de bens ou serviços em condições corriqueiras da prática comercial (Ibid, p. 486-495).

Afirma ainda que, em consequência da abusividade da diferenciação de preços, haveria nítida afronta ao microssistema consumerista, que preza pelo equilíbrio, equidade e justiça contratual (Ibid, p. 486-495).

A despeito da ausência da prática supramencionada no rol do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que trata das ditas cláusulas abusivas, entendeu o Ministro tratar-se de rol meramente exemplificativo, não taxativo, num conceito aberto que permite a adequação de outras situações que se atentem contra a equidade contratual e a proteção do consumidor (Ibid, p. 486-495).

Em sequência, afirma que, ao repassar os custos atinentes às taxas do cartão ao preço dos produtos e serviços, estaria o lojista transferindo os riscos da atividade ao adquirente (Ibid, p. 486-495).

Por fim, rebate a tese da Recorrente de ausência de norma proibitiva, pois acredita estar a situação enquadrada nos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 12.529/11 (Ibid, p. 486-495).

Desta forma, votou o Ministro Relator pelo conhecimento do recurso, por cumprir os pressupostos de admissibilidade, contudo, no mérito, negou provimento (Ibid, pag. 486-495). Acompanharam o relator, nos termos de seu voto, os Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell e Assusete Magalhães, dando improcedência ao recurso de forma unânime (Ibid, p. 486-495).

5. Análise crítica do Acórdão

O entendimento esposado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça é dotado de equívocos aparentes, ultrapassando a mera interpretação e promovendo imposições que a lei não fez.

De fato, do trecho inicial do voto do Relator Humberto Martins, se verifica a existência de relações jurídicas distintas, o que pode ter ensejado o equívoco na conclusão. É que, apesar do fato da premissa ser verdadeira, não se chega a uma conclusão coerente do ponto de vista fático.

A modalidade de pagamento cartão de crédito, como diz o próprio nome, é a disponibilidade de um crédito por parte de uma instituição creditícia, do qual a pessoa não arca de imediato com o valor do bem ou serviço, mas sim, se compromete a adimplir a obrigação no futuro, com a contraprestação de taxas e eventuais juros.

Do lado do fornecedor, o valor transacionado com o cartão de crédito não é recebido automaticamente, levando período aproximado de 30 (trinta) dias para adimplemento do valor (NIERO, 2016). A emissora do cartão, por consequência, não recebe o valor do consumidor de forma imediata, e tampouco faz o repasse instantâneo para o fornecedor.

Portanto, não há repasse de valores imediatos a nenhuma das partes envolvidas, seja qual for a relação jurídica, entre fornecedor e consumidor, fornecedor e emissora, emissora e consumidor.

Nas palavras de Fran Martins (1986, p. 600):

No mecanismo dos verdadeiros cartões de crédito aparecem três elementos, o titular, o fornecedor e o organismo emissor. Na emissão e uso dos cartões há também a utilização do crédito por parte do titular, mas com a participação de um intermediário, o organismo emissor. Na verdade, esse é quem abre o crédito ao titular, não o vendedor. E assim se verifica uma alteração

substancial nas relações jurídicas oriundas do uso do cartão. Desse modo, o comprador (titular), que normalmente deveria pagar ao vendedor (fornecedor) deve fazer esse pagamento ao terceiro intermediário, o emissor. Por sua vez, o vendedor não tem ação contra o comprador pois, ao ser realizada a operação de venda, o fornecedor passa a ser credor do emissor e não do comprador. A operação funciona assim como se fosse, em relação ao comprador, uma compra à vista.

Contudo, apesar de mencionar que a operação se assemelhar à uma compra à vista em relação ao comprador, Fran Martins (Ibid, p. 600) completa ao final:

Essa solução foi aceita integralmente por RICAURTE mas deve ser entendida em termos: na realidade, trata-se de uma venda a prazo, já que o pagamento não é feito concomitantemente com a aquisição: apenas, por convenção entre as partes, o pagamento deve ser realizado a um terceiro, o emissor, ficando liberado o comprador perante o vendedor.”

Com a elucidação acima exposta, por óbvio, não se trata de um pagamento à vista, por mais que o consumidor aparentemente se exima da obrigação com o fornecedor, porquanto há apenas uma convenção das partes de pagamento a ser realizado por terceiro. As razões são verificáveis de plano.

A uma, o fornecedor não recebe o valor de imediato, havendo a mera expectativa de recebimento futuro, e caso necessite do dinheiro em tempo mais razoável, realiza a antecipação de valores, com a cobrança de taxas ainda mais elevadas, em semelhança a um mútuo bancário.

A duas, o consumidor não paga de imediato, e mesmo que o faça, não há o repasse imediato do valor ao fornecedor, vez que permanecerão os prazos da emissora do cartão em efetuar o pagamento.

A três, não se dá a plena quitação do valor entre fornecedor e consumidor no momento da compra, porquanto que, se a emissora do cartão se recusar ao pagamento, por qualquer razão, poderá o fornecedor cobrar diretamente do titular do cartão o preço devido.

Outra indagação que pode surgir é: se o cartão de crédito não é modalidade de pagamento a prazo, qual modalidade de pagamento assim pode ser considerada?

Para Nelson Abrão (1966, p. 147) o cartão de crédito é:

(...) um documento comprobatório de que seu titular goza de um crédito determinado perante certa instituição financeira, o qual o credencia a efetuar compras de bens e serviços a prazo e saques de dinheiro a título de mútuo.

Seria dizer que o cartão de crédito se trata, em verdade, de um documento que certifica a existência de um crédito por parte do consumidor frente ao fornecedor. Tal como nos títulos de crédito, há o pagamento em momento posterior à compra,

mesmo que dotado de maior segurança jurídica dada a presença da garantidora, a emissora, o que ressalta sua modalidade de venda a prazo.

Ainda, havendo nítido aumento de custos de circulação de bens e serviços por parte do fornecedor, como meio de viabilizar a atividade comercial, não restam dúvidas de que as taxas do cartão serão repassadas aos clientes, assim como o são os impostos e demais despesas inerentes à atividade econômica, o que se dá de forma lícita no mercado.

Aliás, na opinião deste autor, todo empresário precisa embutir seus custos nos produtos e serviços para que possua saúde financeira e possa prosperar.

Havendo o repasse da taxa de cartão de crédito, ressalta-se, lícito, pois não há norma proibitiva em contrário, vez que não é possível individualizar os consumidores que usufruirão ou não desse meio de pagamento no momento da fixação de preços, todos os demais, ainda que paguem em dinheiro, terão que arcar com a taxa do cartão, em média superior à 4% (quatro por cento) (NIERO, 2016).

Nesse contexto, como meio de fomentar as vendas e obter o fornecedor dinheiro de forma mais célere, sem depender dos prazos da operadora de cartão, os descontos propiciados aos consumidores resultam em vantagens à ambos, não elencando nenhuma possibilidade de abusividade.

Há de se ressaltar que, no contexto acima narrado, não se exclui a possibilidade de aferir a abusividade por parte dos fornecedores na concessão de desconto em razão do meio de pagamento, permanecendo disponíveis os meios de fazê-lo por meio do controle estatal, em que os órgãos reguladores deverão observar até que ponto se trata de desconto lícito, visando retirar taxa que o consumidor de fato não precisa arcar, sempre tomando por base o princípio da boa-fé objetiva.

Por exemplo, tem-se como razoável e proporcional ao mercado consumidor o desconto de até 10% (dez por cento) sobre a mercadoria se efetivado o pagamento em dinheiro ao invés do cartão de crédito, por ser esse percentual aproximado da taxa cobrada pela operadora de cartão e estar dentro de um percentual de negociação tolerável.

Por outro lado, se o desconto propiciado em razão do meio de pagamento, não se incluindo aqui a usual queima de estoque, ultrapassa o razoável, em um exemplo esdruxulo de 50% (cinquenta por cento), haveria, desta forma, uma possível abusividade na concessão de descontos em razão do meio de pagamento, pois estaríamos diante de uma tentativa de aumento arbitrário de preços, gerando

vantagem manifestamente excessiva ao fornecedor, violando preceitos consumeristas.

É importante destacar que não se entende por abusivo o desconto promovido sobre a mercadoria em geral, que é facultado ao fornecedor realizar na medida que entender cabível, mas sim, no desconto realizado em razão do meio de pagamento que deve guardar estreita relação entre os percentuais da operadora de cartão, ainda que inexatos, mas, ao menos, aproximados.

Em relação à fundamentação jurídica do julgado utilizada para chegar ao entendimento firmado, posteriormente orientador de jurisprudência, utilizou-se dos artigos 39, incisos V e X, e 51, inciso IV, do CDC, bem como do artigo 36, incisos X e XI da Lei 12.529/2011, que merecem esclarecimentos.

O comerciante que oferece o desconto para o consumidor que paga em dinheiro, apesar de em um primeiro momento parecer que estaria enquadrado no inciso X do artigo 36 da Lei 12.529/2011, pois efetivamente discrimina os adquirentes na fixação distinta de preços e operacionalização da venda, não comete infração contra a ordem econômica, pois não alcança nenhum dos efeitos descritos no caput e incisos do artigo 36, uma vez que seu objetivo é o abatimento de despesa, já embutida no preço, em relação às taxas do cartão de crédito que teria, além de que, com o pagamento em dinheiro, tem acesso instantâneo ao crédito, ao contrário do que ocorreria com o cartão, que disponibilizaria o valor em, no mínimo, 30 (trinta) dias.

A finalidade do caput do artigo 36 é, pois, suprimir do mundo real as condutas que alcancem a finalidade dos incisos I à IV desse artigo, prejudicando a livre concorrência por meio da fraude, da dominação de mercados, aumento arbitrário de lucros ou exercendo posição dominante de forma abusiva. Assim, verifica-se nítida distorção do uso deste instituto.

Interpretação de que o desconto acima descrito se enquadraria no inciso XI, em que pese as opiniões em sentido contrário, para este autor também se mostra forçosa e imprópria, uma vez que não há recusa de venda, apenas tem-se duas modalidades, em que, ainda que uma seja mais vantajosa, não torna a outra escolha inviável, ao contrário, continua recorrente e operante dada a ausência de capital instantâneo por diversos consumidores, em que boa parte utiliza do cartão de crédito para as situações corriqueiras do dia-a-dia.

Em relação a suposta vantagem excessiva e elevação sem justa causa de preços, incisos V e X do artigo 39 do CDC, por óbvio não há a subsunção fática no presente caso.

Não há vantagem excessiva na concessão de descontos de valor eminentemente embutido no preço, ao contrário, trata de prática que, dentro da razoabilidade, é benéfica ao consumidor que possui meios de realizar o pagamento à vista, bem como ao fornecedor, que tem acesso imediato ao capital ou ainda, em menor tempo, no caso das vendas no cartão de débito.

Se há a retirada de parcela do valor, como poderia ser uma vantagem excessiva por parte do fornecedor? É, neste caso, exemplificado o uso equivocado dos institutos consumeristas, uma vez que busca o julgador uma abrangência tamanha da regra que por vezes acaba contrariando os preceitos de defesa do consumidor, distorcendo os efeitos práticos das relações consumeristas, pois condena algo que, de forma mais aprofundada, se mostra favorável e benéfico às partes envolvidas.

Mais absurda se mostra a pretensão de adequação do caso ao inciso X do referido artigo, porquanto não há elevação de preço, ao contrário, busca-se a redução do preço com a eliminação de taxa que o compõe. É lógica adotada é invertida, presumindo uma abusividade por parte do fornecedor.

Ainda que se considerasse eventual elevação de preços para as compras com cartão de crédito, essa não se daria de forma injustificada, ao contrário, com amplo respaldo nos maiores custos para sua operacionalização por parte do fornecedor, já que, como reiteradamente apresentado, tem-se uma taxa significativa para as operações com essa modalidade de pagamento.

Já quanto à abusividade, descrita no artigo 51, inciso IV do CDC, esta, por todo o exposto, se mostra também inaplicável ao presente caso, pois não estabelece obrigação abusiva, que coloque o consumidor em desvantagem exagerada ou comprometa a boa-fé e o equilíbrio contratual.

Assim não o faz porque pretende retirar do consumidor que adquire bens de consumo ou serviços, por outras formas que não o cartão de crédito, desvantagem previamente instaurada.

Não há abusividade, o que se busca é, dentro de um contexto de boa-fé contratual e de promoção de benefícios recíprocos, oferecer vantagem ao consumidor que dispõe do capital de forma imediata com a retirada de taxa que não lhe é devida.

Sob essa lógica, injusto seria a cobrança das taxas dessa operação àquele que não usa desse meio de pagamento, e não a retirada dessa taxa, como afirmou a jurisprudência.

Portanto, não há obrigação que comprometa o equilíbrio contratual, ao revés, é justamente visando recompor esse equilíbrio já anteriormente comprometido.

Assim, percebe-se que a posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em que pese as considerações realizadas, não se mostra adequada ao mercado consumidor, porquanto não corresponde aos efeitos práticos albergados, tampouco demonstram o prejuízo ao consumidor de forma a promover a aplicação das normas consumeristas de proteção.

Há que se observar, neste interim, que houve nítida legislação do judiciário no presente caso, vez que tornou a interpretação da lei de tal forma extensiva e invertida que acabou por promover regra não contida no ordenamento jurídico, em expressa violação da separação dos poderes, como largamente tem se observado no panorama nacional.

Assim o é pois, da simples leitura das normas do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que em momento algum previu o legislador que a prática de diferenciação de preços em razão do meio de pagamento seria iniqua, abusiva ou desmedida, não havendo qualquer legislação esparsa que detenha tal previsão, adotando o julgador a posição que ultrapassa o seu papel de fiscal da lei, pois ainda que contemple o ordenamento jurídico de forma sistemática, não pode criar nova regra, pois se assim o fizer, estará incorrendo em violação à segurança jurídica, segurança essa essencial às relações.

Contudo, felizmente, tendo o legislativo verificado que a posição firmada iria contra a economia e os ditames do mercado de consumo, foi editada a Medida Provisória 764/2016, posteriormente convertida na Lei 13.455/2017, que possibilitou a concessão de descontos em razão do meio de pagamento, ou em outros termos, da diferenciação de preços de bens e serviços em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado, conforme melhor se apontará no capítulo a seguir.

6. A Lei 13.455/2017

A Lei 13.455/2017 (BRASIL, 2017) surge em momento posterior ao julgado acima analisado, pondo termo à discussão, uma vez que possibilitou de forma expressa a concessão de descontos em razão do meio de pagamento.

Essa Lei pontua que é possível a diferenciação de preços em razão do meio de pagamento, ficando toda e qualquer norma em sentido diverso revogada, sendo dever do fornecedor a disponibilização em local visível da prática de descontos e os referidos percentuais, e sua inobservância impõe as penalidades do Código de Defesa do Consumidor, dada a necessidade de observação do princípio da publicidade e da transparência.

Assim, houve um período de turbulência no mercado de consumo, entre 2015, ano do julgamento do Recurso Especial n. 1.479.039, e 2016, ano da edição da Medida Provisória 764/16, posteriormente convertida na Lei 13.455/2017, pois tratou-se de um período em que não havia lei proibitiva, contudo, havia posicionamento jurisprudencial dominante que possibilitava a aplicação de penalidade aos comerciantes que adotavam o procedimento de “desconto à vista”, com base na Portaria do Ministério da Fazenda n. 118 de 11 de março de 1994. Por ser o ato temerário, esse comportamento era raro no comércio, mas ainda realizado.

Contudo, com a edição da Lei, as mudanças podem ser auferidas de plano, uma vez que se tornou comum em nosso dia-a-dia a prática do “desconto à vista”, o que têm promovido inúmeras vantagens ao consumidor, que efetivamente paga valor menor pelo bem ou serviço, e ao fornecedor, que pode ter acesso ao capital de forma mais célere e com taxa isenta ou reduzida.

Em que pese o encerramento da questão, como já ressaltado anteriormente, tem-se a relevância da questão aqui submetida para se compreender, de fato, a extensão do que os Tribunais pátrios têm entendido como comportamento abusivo, entendimento que chega à ultrapassar a mera interpretação da lei e acaba por infringir a própria competência do Poder Judiciário, vez que se posiciona como legislador, bem como formular uma análise contrária ao posicionamento com o intuito de, com a base aqui construída, poder ser analisado no futuro outros comportamentos contraditórios, ditos abusivos, nos negócios jurídicos abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

7. Conclusão

Nesse capítulo, foi possível verificar um breve histórico do processo até sua chegada ao Superior Tribunal de Justiça, bem como os fundamentos de ambas as partes, que conflitavam sobre a possibilidade ou não da concessão de descontos em razão do meio de pagamento, entendo, em suma, a CDL/DF pela possibilidade da prática por ausência de violação legal e, por outro lado, o Estado de Minas Gerais e o MPMG entendendo pela ilegalidade e abusividade da conduta.

Ainda, foi realizada a análise da posição firmada no julgamento do Recurso Especial 1.479.039, por meio da fundamentação expressa no voto do Ministro Relator, logo em seguida rebatida, tendo em vista as premissas e conclusão adotada no julgamento.

Em sequência, comentou-se de forma breve sobre a Lei 13.455/17, que inverteu o cenário, colocando fim no posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Desta forma, é, finalmente possível responder à pergunta: É possível então a diferenciação de preços na aquisição de mercadorias ou serviços em razão do meio de pagamento ou configura a prática uma conduta ilícita e abusiva, mesmo antes da Lei 13.455/17?

A resposta fica por conta da conclusão final do trabalho, a seguir exposta.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente trabalho, que perpassou sobre as definições contidas no Código de Defesa do Consumidor, de algumas das problemáticas do sistema de cartão de crédito e outros meios de pagamento bem como sobre a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1.479.039 e a posterior edição da Lei 13.455/17, tem-se a conclusão do presente trabalho pela possibilidade de concessão de descontos em razão do meio de pagamento nas relações consumeristas, mesmo antes da lei que pôs fim ao posicionamento jurisprudencial.

Havendo expressa previsão legal, há a derrocada do Julgamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que por todo o exposto, e apesar de ter sido orientador de jurisprudência por grande período de tempo, tratou de legislar e fazer proibição não disposta em lei, chegando à conclusão equivocada sobre a possibilidade de diferenciação de preços em virtude do meio de pagamento, especialmente em se tratando do cartão de crédito.

Sobre toda a discussão trazida, cabe ainda mencionar que não há alteração do CDC, apenas sua integração, vez que o referido Código jamais tratou de forma expressa sobre a possibilidade de desconto em razão do meio de pagamento.

Ainda, não houve prejuízos aos consumidores, pelo contrário, tratou de conformar realidade e prática já auferível na realidade, que por todo o exposto, traz benefício ao consumidor, demonstrando mais um caso do qual o direito teve que sofrer mutação para acompanhar as evoluções sociais.

Desta forma, afastadas as posições contrárias e verificando a ausência de ilicitude da prática de concessão de descontos em razão do meio de pagamento mesmo antes da Lei 13.455/17, verifica-se ainda os benefícios desta, tanto para fornecedor quanto para consumidor, que para o primeiro há o abatimento de taxa que o onera, além do recebimento dos valores em tempo menor, e para o segundo, há a redução efetiva de taxa embutida que lhe seria imputada.

A conclusão feita serve de balizamento para se verificar no futuro a possibilidade jurídica de entabular atos como abusivos ou anticoncorrenciais, sempre tendo em vista a proteção do consumidor, vulnerável por concepção, mas também a realização da verificação dos limites do alcance da norma, buscando auferir se a medida, na prática, alcança o fim protecionista das normas consumeristas.

Em consequência, aferiu-se também as diretrizes da interpretação normativa e as consequências do que pode ocorrer quando se ultrapassa o sentido e alcance da norma, buscando uma abrangência de tal forma desmedida que acaba por gerar incongruências no mundo jurídico, tentando inverter a realidade de uma prática já integrante dos costumes comerciais, de origem desconhecida e realizada por um período longo e incerto de tempo.

Essa é também parte relevante do presente trabalho: demonstrar que a interpretação e a tentativa de proteção do consumidor, em que pese sua relevância, não pode ser desmedida, com a distorção de institutos legítimos, voltados para abarcar situações diversas em que se figura a verdadeira abusividade contratual.

No presente caso, tem-se a interpretação do ato como algo a ser rechaçado, quando em verdade ele é vantajoso ao consumidor, o que também demonstra a necessidade de uma análise mais detida nos julgamentos do judiciário quanto à viabilidade da aplicação dos institutos legais ao fato em espécie, pois as vezes, a norma pode não ser condizente e tornar inalcançável a finalidade pretendida.

Em outras palavras, não pode ser dada interpretação à lei que não compreenda a finalidade da norma. No caso específico do consumidor, não pode ser dada interpretação diversa a qual o CDC se compromete a realizar: a proteção do consumidor vulnerável e hipossuficiente frente ao poderio do fornecedor.

Afastado o prejuízo ao consumidor e a necessidade de intervenção por ser o ato favorável a este, aliado ao fato de ausência de pressuposto legal, tem-se como inviável o posicionamento firmado no STJ e legítima a prática comercial.

Ainda que este entendimento tem caído em derrocada, a análise de seu conteúdo serve de ensinamento e ajuda na formação de um judiciário mais coerente e que busque combater as interpretações fantasiosas e impróprias ao mundo jurídico e à sociedade como um todo.

É, portanto, possível a diferenciação de preços em razão do meio de pagamento, tanto a partir da edição de Lei 13.455/17, como antes desta, verificadas as questões supramencionadas, não se amoldando a condição de conduta abusiva sob a ótica consumerista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. Direito bancário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BENJAMIN, Antônio Herman V; **MARQUES**, Claudia Lima; **BESSA**, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. São Paulo: Campus. 2004.

BRASIL. Portaria Federal do Ministério da Fazenda n. 118, de 11 de março de 1994. Emissão de carnês, duplicatas e faturas, Brasília, DF, mar. 1994. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/819779.pdf>. Acesso em: 09 de setembro de 2018.

BRASIL. Lei 13.455 de 26 de junho de 2017. Diferenciação de preços, Brasília, DF, jun 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13455.htm. Acesso em: 09 de setembro de 2018.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de Direitos do Consumidor: 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

NIERO, Jamile. Compras pagas com cartão de débito estão mais atrativas para comercio e clientes, FECOMERCIO SP, julho de 2016, São Paulo- SP. Disponível em: www.fecomercio.com.br/noticia/compras-pagas-com-cartao-de-debito-estao-mais-atrativas-para-comercio-e-clientes. Acesso em: 09 de setembro de 2018.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; **SERRANO**, Yolanda Alves Pinto. Código de Defesa do Consumidor interpretado. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico – 8. ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Direito concorrencial: Coleção Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 2016.

STJ. (16 de outubro de 2015). RECURSO ESPECIAL: RESP 1.479.039 MG 2014/0223163-1. Relator: Ministro Humberto Martins. DJ: 16/10/2015. Recorrente: CDL/BH. Recorrido: Secretário Executivo do Instituto de Defesa do Consumidor de Minas Gerais - Procon/MG. Acesso em 09 de setembro de 2018, disponível em Superior Tribunal de Justiça: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1479039&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>

TARTUCE, Flávio; **AMORIM**, Daniel. Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TJMG. (12 de agosto de 2010). MANDADO DE SEGURANÇA: 1175776-39.2010.8.13.0024. Primeira Vara de Fazenda Pública Estadual. Impetrante: CDL/BH. Impetrado: Secretário Executivo do Instituto de Defesa do Consumidor de Minas Gerais - Procon/MG. Disponível em Tribunal de Justiça de Minas Gerais: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=24&numero=1&listaProcessos=10117577. Acesso em 09 de setembro de 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil: 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.